

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Buoni fruttiferi postali e trasparenza

SOMMARIO: 1. La lunga marcia del risparmio postale verso la trasparenza. – 2. Trasparenza e «forma» del contratto di collocamento del buono. – 3. Il problema dei termini di rilevanza della mancata consegna del foglio informativo nell'ipotesi della scadenza del buono e successiva prescrizione del diritto al rimborso. Soluzioni rimediali prospettate (e poi rifiutate) dall'ABF: l'*exceptio (recte: la replicatio) doli* per paralizzare l'eccezione di prescrizione. – 4. Capacità di effettiva *compliance* agli obblighi di trasparenza ed efficienza dell'impresa. – 5. Mancata consegna del foglio informativo e risarcimento del danno. Notazioni applicative. – 6. La concezione «*demodée*» dell'*exceptio doli* nell'argomentare del Collegio di Coordinamento. L'art. 47 Cost. come referente normativo rilevante ai fini della definizione delle condizioni di spettanza dell'*exceptio doli*.

1. *La lunga marcia del risparmio postale verso la trasparenza*

1.1.- Il processo di trasformazione delle Poste Italiane e della Cassa Depositi e Prestiti in società per azioni, che ha preso corpo a cavallo del secolo, ha portato con sé un'attività normativa di ridefinizione della disciplina contrattuale applicabile alle operazioni di raccolta mediante emissione di buoni postali fruttiferi e libretti di risparmio postale (c.d. «risparmio postale»¹), che le poste hanno storicamente realizzato – a far data dal 1924² – per conto della Cassa Depositi e Prestiti; raccolta che concorre a dotare la Cassa della provvista necessaria³ allo svolgimento dell'attività di esercizio del credito legislativamente assegnatole⁴. Fino ad allora, l'attività di emissione di

¹ Art. 1, lett. h, d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144.

² Cfr. G. FALCONE, voce «*Buoni postali fruttiferi*», in *Digesto/comm.*, II, Torino, 1987, 382.

³ Che peraltro può anche derivare da depositi non rappresentati da buoni o libretti (cfr. art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284, secondo cui Cassa Depositi e Prestiti può «ricevere direttamente depositi, con la garanzia dello Stato, da parte di amministrazioni statali, regioni, enti locali e di altri enti pubblici, nonché di privati nei casi prescritti da leggi o da regolamenti ovvero su disposizione dell'autorità amministrativa o giudiziaria»).

⁴ Cioè «concedere finanziamenti, sotto qualsiasi forma, allo Stato, alle regioni, agli enti locali, agli altri enti pubblici, ai gestori di pubblici servizi, alle società a cui la Cassa partecipa e agli altri soggetti indicati dalla legge»: art. 1, co. 1, lett. b) d.lgs.

buoni e libretti si trovava regolata nel codice postale e delle telecomunicazioni⁵.

Con particolare riferimento ai buoni postali fruttiferi, su cui il presente contributo intende concentrarsi, la disciplina di allora prevedeva – pure all'interno di un rapporto giuridico (riconosciuto dalla Corte Costituzionale⁶ come) di diritto privato – un meccanismo che attribuiva al Ministro del tesoro il potere di variazione *in pejus* dei tassi in corso di rapporto. Secondo la lettura applicativa allora affermata, e poi confermata da un recente arresto delle Sezioni Unite⁷, la variazione operava mediante una dinamica priva dei requisiti strutturali del *ius variandi* privatistico. Così, non sussisteva la necessità della specifica pattuizione e approvazione della clausola; mentre sul piano delle condizioni di efficacia, non vi era necessità di un atto recettizio di esercizio del potere (da ritenersi meramente «autorizzato» dal Decreto), dovendosi stimare sufficiente la pubblicità legale del decreto ministeriale modificativo dei tassi.

1.2. Dal punto di vista della normativa primaria, l'evocata ridefinizione dell'assetto disciplinare delle operazioni del risparmio postale, e con esso dei buoni fruttiferi, ha preso corpo, in apice, nella norma dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 284/1999, che ha incaricato il Ministro del Tesoro di stabilire «le caratteristiche e le altre condizioni dei depositi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), dei libretti di risparmio postale, dei buoni fruttiferi postali e [di] altri prodotti finanziari», come pure di emanare «le norme in materia di pubblicità, trasparenza e comunicazioni periodiche ai risparmiatori».

Quanto al primo polo della delega contenuta nel d.lgs. 284/1999

30 luglio 1999, n. 284.

⁵ D.p.r. 29 marzo 1973, n. 156.

⁶ C. Cost., 10-17 marzo 1988, n. 303, che afferma «la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato».

⁷ Cass. Sez. Un., 11 febbraio 2019, n. 3963, in *Contratti*, 2019, 263, con commento di U. CARNEVALI, *I buoni postali fruttiferi, la riduzione unilaterale dei tassi d'interesse originariamente fissati e le Sezioni Unite*; S. COSTA, *Buoni fruttiferi postali e modifica unilaterale delle condizioni economiche*, in *Corr. Giur.*, 2019, 484.

Riguarda invece il problema, diverso, della prevalenza o meno del tasso indicato sul buono rispetto al tasso fissato con un decreto *precedente* all'emissione, Cass., Sez. Un., 15 giugno 2007, n. 13979, in *Foro It.*, 2007, I, 2691.

(caratteristiche dell'operazione), nel decreto MEF 19 dicembre 2000 viene stabilito che i buoni postali fruttiferi, «emessi dalla Cassa depositi e prestiti con la garanzia dello Stato e collocati da Poste italiane S.p.a., sono nominativi, non cedibili, salvo il trasferimento per successione per causa di morte del titolare o per cause che determinano successione a titolo universale» (art. 1), e che «l'emissione dei buoni fruttiferi postali viene effettuata per "serie" con decreti del Ministro [...] ove sono indicati il prezzo, il taglio, il tasso di interesse, la durata, l'eventuale importo massimo sottoscrivibile da un unico soggetto nella giornata lavorativa, nonché ogni altro elemento ritenuto necessario» (art. 2).

Quanto al secondo (pubblicità, trasparenza e comunicazioni periodiche), nel menzionato decreto risulta una norma relativa al rapporto negoziale diretto tra risparmiatore e collocatore (le Poste Italiane), in base alla quale «per il collocamento dei buoni fruttiferi postali rappresentati da documento cartaceo viene consegnato al sottoscrittore il titolo e il foglio informativo contenente la descrizione delle caratteristiche dell'investimento» (mentre per il collocamento di quelli *non* rappresentati da documento cartaceo è stabilito che i contratti «sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al sottoscrittore, unitamente al foglio informativo dell'emissione») (art. 3); e una norma in punto di comunicazioni pubblicitarie: «Poste italiane S.p.a. espone nei propri locali aperti al pubblico un avviso sulle condizioni praticate, rinviando a fogli informativi, che saranno consegnati ai sottoscrittori, la descrizione dettagliata delle caratteristiche dei buoni fruttiferi postali». Per quanto attiene, invece, alle comunicazioni in corso di rapporto provenienti dall'emittente (Cassa Depositi e Prestiti), si trova prescritto che esse «sono effettuate mediante avvisi su quotidiani a diffusione nazionale di cui uno economico» (art. 6). Non facendosi riferimento alcuno a modifiche in corso di rapporto, è da stimarsi così soppresso il precedente meccanismo di variazione per decreto dei tassi.

Un successivo decreto ministeriale (d.m. MEF 6 ottobre 2004), nei fatti sostituendosi a quello del 2000, è poi intervenuto ad attribuire alla Cassa Depositi e Prestiti, in vece del Ministero, il potere di «defini[re] condizioni di emissione e le caratteristiche dei predetti prodotti» (art. 1, co. 3). Invariato invece l'impianto di fondo proprio del precedente decreto, che il nuovo viene a riproporre: così, si stabilisce che «i buoni

postali fruttiferi sono prodotti finanziari nominativi, non sono cedibili salvo il trasferimento per successione per causa di morte del titolare o per cause che determinino successione a titolo universale, e non possono essere dati in pegno» (art. 4, co. 1); che «per il collocamento dei buoni postali fruttiferi rappresentati da documento cartaceo viene consegnato al sottoscrittore il documento medesimo unitamente al regolamento del prestito», *i.e.* il foglio informativo⁸ (art. 6, co. 2). Infine, in punto di comunicazioni dell'emittente ai titolari dei buoni postali fruttiferi vengono effettuate mediante l'inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel sito web della CDP S.p.a.»⁹ (co. 4).

1.3. Tanto rilevato, è subito da notare che la disciplina ora riferita si mostra priva di ogni richiamo e riferimento a quel blocco normativo che, nell'ordinamento interno, è propriamente inteso a regolare – sul piano dei rapporti tra cliente e intermediario – le operazioni di raccolta del risparmio di matrice bancaria (come identificata, cioè, dall'art. 11 t.u.b.), nell'ambito della quale rientra senz'altro, *almeno dal punto di vista sostanziale* (cfr. *infra*, n. 2.1.), la figura qui considerata¹⁰. Il riferimento corre, ovviamente, alla disciplina di trasparenza bancaria (legge 17 febbraio 1992, n. 154, poi versata nel Titolo VI t.u.b. e in quel contesto evolutasi).

L'impressione di una regolamentazione del risparmio postale

⁸ Cfr. art. 6, co. 1: «per il collocamento dei buoni postali fruttiferi Poste italiane S.p.a. mette a disposizione del cliente nei locali aperti al pubblico, fogli informativi contenenti informazioni analitiche sull'emittente, sui rischi tipici dell'operazione, sulle caratteristiche economiche dell'investimento e sulle principali clausole contrattuali (di seguito il «Foglio Informativo»).

⁹ La disposizione prosegue stabilendo che «al fine di garantire l'effettiva conoscenza delle informazioni pubblicate, queste ultime possono essere rese note anche mediante l'esposizione di appositi avvisi nei locali aperti al pubblico di Poste italiane S.p.a., nonché mediante pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, con l'indicazione degli estremi della pubblicazione della Gazzetta Ufficiale della Repubblica ovvero con l'avvertenza che l'avviso è in corso di pubblicazione».

¹⁰ La Cassa Depositi e Prestiti, che è l'emittente dei buoni postali fruttiferi, è un ente che per legge svolge un'attività di intermediazione creditizia (raccolta del risparmio in funzione degli impieghi): cfr. l'art. 1 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284 (per quanto essa sia sottratta all'applicazione della direttiva CRD IV: cfr. art. 2, par. 5, punto 12 della direttiva).

sostanzialmente «immunizzata» dalla normativa di trasparenza, e dalle logiche ordinanti a essa sottese, è destinata però a essere corretta non appena si consideri che, quasi in contemporanea con la rinnovata disciplina dei buoni postali introdotta dalle summenzionate norme, il legislatore si è altresì mosso nel senso della positiva definizione dei rapporti tra risparmio postale e normativa di trasparenza.

L'esito di tale intervento non è però stato quello della soggezione incondizionata dell'operazione alla normativa di trasparenza.

Diversamente, la parificazione disciplinare delle operazioni di risparmio postale alla raccolta bancaria, se a una prima impressione appare affermata dalla lettera della legge (il d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144¹¹ in materia di servizi di bancoposta, tra le quali si annovera testualmente il risparmio postale), subito si trova circondata da condizioni, limiti e cautele, all'interno di un quadro normativo fortemente ambiguo, se non proprio contraddittorio.

E infatti, mentre è disposto che alle attività di bancoposta si applicano, ma solo «in quanto compatibili», gli articoli da «115 a 120-bis, da 121, comma 3, a 126, con esclusivo riferimento all'attività di [promozione e collocamento di finanziamenti], da 126-bis a 128-quater» del t.u.b. (art. 2, co. 3, con il comma 6 del medesimo articolo si stabilisce che «il risparmio postale è disciplinato ... dalle norme del testo unico bancario, ove applicabili»¹².

¹¹ Che attua l'art. 40, co. 4, legge 23 dicembre 1998, n. 448, il quale ha delegato a un regolamento governativo la definizione de «le modalità di applicazione ai servizi di bancoposta della normativa di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, fatti salvi i principi normativi che governano il risparmio postale nelle sue peculiari caratteristiche».

¹² Il medesimo art. 2, co. 6, d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144 prevede altresì l'applicabilità di una serie di norme del t.u.f., ma solo «*in quanto compatibili*». Si tratta, per quanto qui rileva, delle norme in materia di obblighi di comportamento degli intermediari (art. 21), di contratti (art. 23), di prodotti finanziari emessi da banche (art. 25-bis), di offerta fuori sede (art. 30) di promotori (art. 31, commi 1, 3 e 7), di tutela degli investitori (da 32 a 32-ter).

L'impiego del criterio di compatibilità sembra qui giustificato dall'inapplicabilità *per sé* della disciplina t.u.f. ai buoni postali i quali, in quanto documenti rappresentativi di un rapporto di deposito irregolare/bancario, non cedibili per atto *inter vivos*, non sembrano poter costituire uno strumento finanziario (né, per quanto possa rilevare, un prodotto finanziario, poiché ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. u «non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari»). Del resto, all'assunto che il buono postale

A disorientare l'interprete interviene anche il successivo articolo 3: il quale, dopo avere stabilito (al comma 1) che «per quanto non diversamente previsto nel presente decreto, i rapporti con la clientela ed il conto corrente postale sono disciplinati in via contrattuale nel rispetto delle norme del codice civile e delle leggi speciali», sente l'esigenza (al comma 2) di precisare che «la comunicazione ai clienti delle unilaterali variazioni contrattuali sfavorevoli eventualmente apportate ai tassi di interesse, prezzi o altre condizioni previsti nei contratti a tempo indeterminato è effettuata con le modalità previste dagli articoli 118 e 126-*sexies* del testo unico bancario».

Questa norma viene così a mettere in dubbio l'opinione – suggerita dalle caratteristiche obiettive dell'operazione, che integra una forma di raccolta oggettivamente bancaria (senza che possa rilevare, a questi fini, la dichiarata natura di interesse pubblico delle attività degli impieghi) – di una *generale compatibilità* ai sensi dell'art. 2, co. 3 del d.p.r. in questione) tra disciplina di trasparenza bancaria e servizi di bancoposta, ivi incluso il risparmio postale e quindi i buoni postali fruttiferi; quindi, di una piena *applicabilità* ad essi (ai sensi del co. 6) della normativa bancaria.

Di diverso avviso, sul punto, sembrano essere le Disposizioni di Trasparenza della Banca d'Italia là dove, una volta sancita l'inclusione dei servizi di bancoposta nel proprio ambito applicativo, vi sottraggano *per intero* il risparmio postale, che di quei servizi costituisce una componente (pag. 1: «le presenti disposizioni si applicano inoltre ai servizi di bancoposta. Esse non si applicano alla raccolta del risparmio tra il pubblico effettuata da Poste Italiane S.p.A. per conto di Cassa Depositi e Prestiti, attraverso libretti di risparmio postale e buoni fruttiferi assistiti dalla garanzia dello Stato (per questi prodotti le norme in materia di trasparenza, pubblicità, contratti e

costituisca la forma rappresentativa – non qualificabile in termini di strumento finanziario – di un contratto di deposito bancario è sottesa anche all'affermazione di competenza in materia da parte dell'ABF (cfr., *inter alia*, ABF Milano, 26 ottobre 2010, n. 1166). Sul problema del trattamento disciplinare dei certificati di deposito, v. R. LENER, *La raccolta bancaria del risparmio attraverso certificati di deposito*, in *Liber amicorum Abbadessa*, Torino, 2014, 2257.

Ad ogni modo, pare che le stesse Poste non ravvisino il presupposto della compatibilità con riferimento a nessuna delle norme ora richiamate, se è vero che nella modulistica contrattuale diffusa al pubblico non compare alcun riferimento alla disciplina sui servizi di investimento.

comunicazioni periodiche sono stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 6 ottobre 2004, pubblicato in G.U. il 13 ottobre 2004)»¹³). Va tuttavia precisato che, al di là della rilevanza naturalmente «persuasiva» delle affermazioni della Vigilanza, tale indicazione non esprime alcuna misura di vincolatività per l'interprete, nella misura in cui la definizione del perimetro applicativo della trasparenza bancaria è rimesso in via diretta ed esclusiva alla legge; di tal che non possono dirsi sussistere, nella materia *de quo*, meccanismi di delega alla normativa secondaria¹⁴.

2. Trasparenza e «forma» del contratto di collocamento del buono

2.1. L'operata descrizione del labirinto normativo che connota la materia consente di evidenziare l'esistenza di un assetto disciplinare dei buoni postali fruttiferi tanto problematico quanto, ancora nell'oggi, poco approfondito. Ciò che, a ben vedere, non può non sorprendere, se si considera la dimensione quantitativa propria del risparmio postale nel mercato odierno: la cui raccolta ammonta, secondo i dati rinvenibili nei documenti di bilancio della Cassa al 31 dicembre 2018, a 258 miliardi di euro, di cui 152 miliardi riferibili ai buoni fruttiferi.

In effetti, se nel corso del turno di anni più prossimo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale (anche al livello delle Sezioni Unite¹⁵) si è concentrato – sollecitato in tal senso dal vasto contenzioso emerso in materia – sulla questione delle variazioni *in pejus* dei tassi mediante decreti ministeriali *secondo la disciplina anteriore alla riforma del 1999*¹⁶, quando invece ci si voglia porre nella prospettiva del diritto

¹³ Tale stringa, che non era presente nelle Disposizioni del 2009, è stata inserita nell'ambito della revisione del 2015.

¹⁴ A tal riguardo, non è forse inutile sottolineare che l'ABF mantiene la competenza sui buoni postali, pure affermandoli sottratti alle (Disposizioni e quindi, implicitamente, alla) normativa di trasparenza (cfr. la nota 1 delle Disposizioni). A dimostrazione dell'insostenibilità di questa divergenza, basta però segnalare che l'ABF è un istituto della trasparenza bancaria (essendo previsto dall'art. 128-bis t.u.b., che è interno al Titolo VI), al punto che il perimetro della relativa competenza decisionale coincide il perimetro applicativo del Titolo VI.

¹⁵ Cfr. *supra*, nota 10.

¹⁶ Profilo che conferisce a quei temi una dimensione – per quanto rilevante in termini quantitativi – puramente retrospettiva (cioè priva di un impatto operativo sul mercato in essere); e come tale meramente «distributiva» di risorse tra la Cassa

oggi vigente, e dei suoi problemi, emerge la persistenza di altrettanto gravi criticità del comparto del risparmio postale: le quali si manifestano – prima ancora che sul piano operativo (sul quale cfr. un cenno *infra*, in fine del n. 4) – già al livello dello stesso impianto disciplinare, annidandosi anzitutto nella circostanza per cui la relativa regolamentazione resta ancora, per così dire, «sospesa tra due mondi».

Da un lato, vi è la vecchia impostazione intesa a segnare netta la differenza, e anzi proprio l'autonomia, dell'attività di raccolta condotta dalla Cassa Depositi e Prestiti mediante il risparmio postale (e delle Poste quale collocatore dei relativi prodotti) rispetto all'attività di raccolta bancaria privata o, per meglio dire, «normativamente» bancaria. Diversità di trattamento giuridico che parrebbe da ricondursi¹⁷, nelle intenzioni del legislatore, solamente alla natura pubblica della Cassa, e al conseguente dato legislativo che qualifica come «di interesse economico generale» tutte le attività che essa istituzionalmente svolge (art. 1, co. 1, d.lgs. 284/1999), altresì prevedendo la garanzia dello stato in relazione all'obbligazione di rimborso dei buoni¹⁸. In ultima istanza, la differenziazione monta, in sé, alla diversa *etichettatura giuridica* dell'ente (come non bancario¹⁹).

Dall'altro, comincia a farsi strada la progressiva – ma, come si vede, ancora incompiuta e assai faticosamente condotta – presa d'atto che la creazione di una «franchigia» normativa per il risparmio postale (come attività del più ampio servizio di bancoposta) stride fortemente con un sistema che persegue la tutela del risparmio mediante la creazione di un sistema di *mercato concorrenziale improntato alla trasparenza* (artt. 5 e 127 t.u.b.). Ciò che postula, definitivamente, la parità di trattamento tra gli attori che accedono al mercato offrendo prodotti connotati dalla medesima struttura negoziale e funzione economica.

In effetti, oltre al richiamo applicativo alla normativa di trasparenza

Depositi e Prestiti e i cittadini.

¹⁷ Cfr. *supra*, nota 9, dove la norma citata parla di «fa[re] salvi i principi normativi che governano il risparmio postale nelle sue peculiari caratteristiche».

¹⁸ Art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284.

¹⁹ Cfr. *supra*, nota 7. Sul tema della natura sostanzialmente bancaria dell'attività della Cassa Depositi e Prestiti, cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, 355.

che è contenuto nella disciplina di riordino dei servizi di bancoposta (art. 2 d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144; cfr. *supra*, n. 1), in punto di ragionevolezza complessiva dell'assetto normativo sembra corretto assumere che all'identità di «bisogno finanziario» soddisfatto, e cioè all'identità del prodotto *dal lato della domanda di mercato*, debba corrispondere una medesima risposta normativa di tutela. Pertanto, alla luce di questo dato di base, ogni arretramento nella tutela normativamente riconosciuta alla clientela bancaria, motivato in base all'esistenza di «peculiari caratteristiche» del risparmio postale (di cui discorre la norma primaria di delega al riordino della disciplina dei servizi di bancoposta), dovrebbe essere assai lungamente meditato²⁰.

2.2. Tra le – potenzialmente molto vaste – questioni applicative coinvolte della scelta politico-normativa in ordine al trattamento giuridico dei rapporti contrattuali d'impresa del «risparmio postale», si viene a collocare il tema della trasparenza in sede di conclusione del contratto di collocamento del buono.

In questo caso, l'individuazione della disciplina applicabile trova un momento di complessità nella circostanza – già evocata *supra*, n. 1 – che la normativa speciale in materia di buoni postali fissa una disciplina della conclusione del contratto di collocamento che si mostra derogatoria rispetto alla norma – cardine della disciplina di trasparenza²¹ – dell'art. 117 t.u.b., che notoriamente prevede requisiti

²⁰ Se ciò è corretto, allora non si può davvero comprendere la ragione per la quale, all'interno del quadro normativo sopra descritto, la Banca d'Italia predichi (seppure dall'angolo prospettico delle Disposizioni di trasparenza) la totale esclusione del risparmio postale dall'applicazione della normativa di trasparenza (cfr. *supra*, n. 1).

In effetti, una simile lettura non è certamente imposta, ma in realtà nemmeno autorizzata, dai dati normativi rilevanti in materia. Se l'esistenza del decreto MEF 6 ottobre 2004 non è sufficiente a negare la concorrente applicazione della normativa di trasparenza (posto, se non altro, che in esso non si afferma, ma nemmeno si esclude, l'applicazione della normativa di trasparenza), il d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144 consente invece – seppure tra le già evidenziate difficoltà (*supra*, n. 1) – di fondare dal punto di vista positivo l'applicazione del Titolo VI t.u.b., seppure all'interno dei limiti di *compatibilità* e *applicabilità* ivi posti: per applicare i quali, non può non attribuirsi rilievo al dato – già evidenziato (*supra*, in fine del n. 1) – che si tratta di una forma di raccolta a vista del risparmio presso il pubblico strumentale a dotare l'ente della provvista necessaria a un'attività creditizia.

²¹ Su cui v. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 77 ss.

di forma (co. 1 – 3) e di forma-contenuto (co. 4) dei contratti.

Più precisamente, in materia di collocamento dei buoni postali il contenuto precettivo dell'art. 117 è sostituito da una sequenza materiale costituita da: (a) consegna del titolo, *il quale però non reca le caratteristiche economiche dell'operazione* (in particolare, non vi sono indicati la durata, il tasso d'interesse, la disciplina del rimborso anticipato; e (b) consegna del «foglio informativo», che invece contiene «il regolamento del prestito»²² e costituisce pertanto l'*unico documento* da consegnarsi al cliente, che dà conto del contenuto del rapporto contrattuale.

Tanto posto, sembra allora corretto definire il rapporto tra l'art. 117 t.u.b. e l'art. 6, co. 2 del d.m. 6 ottobre 2004 nei termini dell'equivalenza o, per meglio dire, della *fungibilità* dei coelementi della fattispecie legale rispetto all'obiettivo della trasparenza in funzione di tutela dell'investitore: se da un lato si prevede la redazione per iscritto di un contratto indicativo di ogni condizione praticata, un esemplare del quale va consegnato al cliente, dall'altro si prevede l'obbligo di consegna di un duplice – ma concettualmente unitario – documento, dal quale comunque devono emergere tutte le condizioni del prodotto.

Come si nota, la differenza tra le due strutture attiene alle forme di manifestazione del consenso e correlativa regola di appropriazione dell'atto con imputazione del relativo contenuto; *non, invece al momento «informativo-documentale», i.e. al momento del contenuto richiesto al documento* (qui, il foglio informativo che deve recare tutte le condizioni praticate), come pure degli adempimenti in funzione di trasparenza (consegna del foglio informativo unitamente al buono).

Nei fatti, la disciplina del collocamento del buono postale elide la rilevanza della sottoscrizione ai fini della formazione dell'accordo e riferibilità del documento, in favore di una condotta materiale (il presentarsi allo sportello postale, per lì domandare e ottenere un buono), che il legislatore viene a ritenere egualmente significativa sul piano della volontà e dell'imputazione. Resta però invariato, rispetto all'art. 117 t.u.b., il profilo del «formalismo» strettamente strumentale al perseguimento della funzione di trasparenza (contenuto e obbligo di

²² Art. 6, co. 3, d.p.r. 6 ottobre 2004.

consegna del documento)²³.

²³ Sul piano analitico della fattispecie, a una simile dissociazione – interna al requisito formale – tra il momento della manifestazione del consenso e quello della informazione-documentazione si richiama anche la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018, 133, con commenti di G. D'AMICO, *La «forma» del contratto-quadro ex art. 23 TUF non è prescritta ad substantiam actus*, di S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, e di R. AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*.

Poste di fronte all'interrogativo circa la conformità o meno al precetto dell'art. 23 t.u.f. (come pure dell'art. 117 t.u.b.: cfr. Cass., 21 giugno 2018, n. 16406) del contratto non recante la sottoscrizione dell'intermediario, le Sezioni Unite sono venute ad affermare che «il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità». Nel caso di specie, il richiamato requisito formale – con la conseguente sanzione di nullità – trova fondamento nella volontà del legislatore di «assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato, considerandosi che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario». A sua volta, dalla ricostruzione della *ratio* della prescrizione nei termini che precedono discende che «è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessari ai fini della validità del contratto-quadro. Ed infatti, atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma ex art. 1325 n. 4 cod. civ. va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati».

Come si nota, un simile paradigma argomentativo distingue nettamente la forma manifestativa della volontà negoziale (forma *ad substantiam* in senso proprio), dalla «forma» protettiva a connotato documentale-informativo (forma-modulo): ma allora,

L'operato parallelismo tra le fattispecie normative in questione permette allora di evidenziare che, in realtà, la «sostituzione» dell'art. 117 t.u.b., operata dalla *lex specialis* dei buoni postali fruttiferi, è solo parziale, nella misura in cui la norma del decreto ministeriale ferma il precetto (: consegna del buono e del foglio informativo in vece di sottoscrizione e consegna del contratto e indicazione di tutte le condizioni praticate), ma non si esprime sulle conseguenze derivanti dalla relativa violazione.

Col che, nell'ottica di una lettura della disciplina del risparmio postale «coerentizzante» rispetto alla normativa di trasparenza bancaria (secondo una necessità già suggerita, sul piano sistematico generale, dagli artt. 3 e 47 Cost.), sembra giusto assumere che la disciplina mancante vada ricostruita poggiandosi sul richiamo applicativo alla normativa di trasparenza bancaria di cui al t.u.b., contenuto nell'art. 2, co. 3 e 6, d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144 (cfr. *supra*, n. 1).

Da una simile integrazione conseguirebbero, nel caso di specie, delle conseguenze disciplinari di non poco momento. In particolare, ne deriverebbe l'applicazione del co. 3 dell'art. 117 t.u.b., il quale – secondo una lettura già suggerita in dottrina²⁴ e ora pure accolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 898/2018²⁵ – attrae la

se l'art. 117 t.u.b. detta – *anche o solo*, a seconda della funzione che si riferisca alla sottoscrizione del cliente (se di presa d'atto della ricezione o di *vestmentum* della volontà: sul punto, cfr. D'AMICO, *op. cit.*, 142) – una regola di forma-modulo la cui violazione (*sub specie* della mancata consegna del documento recante le condizioni contrattuali) è autonoma causa di invalidità del contratto, non sussistono ostacoli alla suggerita integrazione tra disciplina dei buoni e trasparenza, la nullità riconducendosi alla violazione del requisito di una «forma-modulo» che non contempla sottoscrizioni.

²⁴ U. MAJELLO, sub Art. 117, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Bologna-Roma, 2003, 1932 ss.; A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, 84 s.

²⁵ Rileva AN. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 666 che, seppure «ribadita in più occasioni nel corso della motivazione della sentenza», l'affermazione dell'attrazione della consegna al requisito formale integra «un evidente *obiter dictum*», se è vero che «la questione non era oggetto del giudizio di cassazione, non era stata nemmeno rilevata nell'ordinanza n. 10447 e che, a quanto consta, non era stata nemmeno trattata nella decisione impugnata, né

consegna del documento (lì, il modulo sottoscritto dal cliente) alla «forma prescritta», la cui «inosservanza» attiva il rimedio invalidante della nullità (tanto più che nel caso dei buoni postali il momento della sottoscrizione è espunto dalla fattispecie formativa); come pure l'inderogabilità *in pejus* del precetto e, soprattutto, la natura «protettiva» della nullità conseguente alla relativa violazione (art. 127 t.u.b.).

3. Il problema dei termini di rilevanza della mancata consegna del foglio informativo nell'ipotesi della scadenza del buono e successiva prescrizione del diritto al rimborso. Soluzioni rimediali prospettate (e poi rifiutate) dall'ABF: l'exceptio (recte: la replicatio) doli per paralizzare l'eccezione di prescrizione

3.1. La vischiosità del dato normativo, in una con l'esigenza di evitare imbarazzanti collisioni con la posizione assunta dalla Banca d'Italia in merito all'inapplicabilità della normativa di trasparenza al risparmio postale (cfr. *supra*, n. 1), è probabilmente alla base dell'originale soluzione con cui il Collegio di Milano dell'Arbitro bancario finanziario – senza nemmeno scandagliare i termini del rapporto tra disciplina dei buoni e trasparenza bancaria del Titolo VI del t.u.b., (in specie, gli artt. 117 e 127 t.u.b.: cfr. appena *supra*, n. 2, in chiusura)²⁶ – ha tentato di gestire, sul piano del trattamento

sollevata dalle parti».

Sulla questione non è ancora tornata la Corte di Cassazione. Peraltro, pare di poter dire che la funzione precipuamente informativa del cliente, propria del precetto di cui agli artt. 23 t.u.f. e 117 t.u.b. (cfr. lo stralcio dell'arresto delle Sezioni Unite, trascritto nella nota che precede), funzione dalla quale si argomenta l'irrelevanza della mancata sottoscrizione dell'intermediario, è realizzata dalla consegna dell'esemplare, più che dalla sottoscrizione del cliente (cfr. infatti ora, con riferimento alla trasparenza in fase precontrattuale, l'art. 120-*novies* t.u.b.): sicché, una volta espunta la *traditio* dal requisito formale, dovrebbe pure cadere la giustificazione della riduzione teleologica della norma operata dalle Sezioni Unite con riferimento alla superfluità della sottoscrizione dell'intermediario.

²⁶ La prospettata nullità (totale di protezione) dell'operazione di investimento, quale conseguenza della mancata consegna del foglio informativo, non è però soluzione scevra di criticità.

I problemi sorgono, com'è evidente, dal fatto che, accertata l'invalidità, il regime dell'indebito verrebbe, almeno a una prima considerazione (e salvo quanto si viene ad accennare appena *infra*), a seguire in automatico, con i corollari della non

debenza degli interessi convenzionali maturati, come pure – se non, forse, soprattutto – della decorrenza della prescrizione del diritto alla ripetizione *ex art. 2033 c.c.* dalla data dell'*acceptio*.

Col che, la posizione dell'investitore – se non si aggrava, stante la natura protettiva del rimedio che ne impedisce un attivarsi sfavorevole – non si trova certo migliorata. In effetti, nella fattispecie-tipo considerata dal Collegio di Coordinamento, quando l'investitore viene a conoscenza della prescrizione del diritto alla restituzione del rimborso, l'avvalersi della nullità è già inutile, dal momento che per definizione il termine prescrizione dell'indebito è decorso prima di quello relativo all'obbligazione restitutoria *ex contractu*.

Tale circostanza non costituisce altro che un esempio ulteriore, per quanto specularmente invertito rispetto alle ipotesi più consuete nell'ambito delle operazioni bancarie (e cioè il caso contratti di finanziamento amorfi), delle difficoltà applicative che comporta il ricorso a una struttura di nullità *totale* di protezione priva di regimi sostitutivi di legge: cioè, di una struttura rimediale puramente ablatoria, e non *positivamente* conformatrice. E viene così a evidenziare l'intrinseca inadeguatezza o, per meglio dire, la non compiutezza *in sé* – rispetto al fine di tutela – della norma dell'art. 117 (co. 1 e 3) t.u.b., dove il rischio di conseguenze rimediali *contra rationem* è assai elevato: tanto dal lato delle operazioni di credito, quanto pure, come la tematica qui trattata evidenzia, dal lato delle operazioni di raccolta (e infatti, cfr. il regime sostitutivo legale conseguente previsto dall'art. 125-bis, co. 9, t.u.b. per l'ipotesi di contratto di credito ai consumatori amorfo, su cui v. S. PAGLIANTINI E M. MAUGERI, *Violazione delle prescrizioni in materia di forma e restituzioni: un regime binario all'interno del t.u.b.*, in *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 83; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 308 ss.).

Senonché, è proprio argomentando dalla natura «di protezione» *ex art. 127 t.u.b.* della nullità che si può ritrovare una via d'uscita da questa *impasse*.

A tal fine, occorre anzitutto richiamarsi al dato inteso a rilevare che, nel sistema privatistico delle restituzioni, la *condictio indebiti* conseguente alla dichiarazione dell'invalidità del contratto «non costituisce soltanto uno strumento funzionale a cancellare ogni traccia dell'operazione negoziale» ma, al contrario, costituisce altresì una forma di tutela «secondaria» (rispetto alla tutela, in questo senso «primaria», costituita dalla nullità), tutela «caratterizzata da un forte nesso funzionale con le vicende del contratto»: sicché, «proprio a causa di tale collegamento funzionale, la tutela restitutoria non può contraddire, in nome dell'astratto fine della *restitutio in integrum*, il fondamento della tutela «primaria»» (E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 267).

Su questa notazione fondamentale, si innesta poi il rilievo – già perspicuamente proposto – che concilia il presupposto dell'esistenza di un necessario legame tra tutela primaria e secondaria prospettando la «nullità di protezione come un microsistema normativo contraddistinto dal *quid pluris* di irradiare sempre una logica restitutoria ad *effetto sfavorevole* per il professionista», e cioè una nullità di protezione «quale forma manifestativa che irraggia il *massimo*, nel senso di più utile,

effetto restitutorio per la parte protetta in sostituzione del regime ordinario» (S. PAGLIANTINI e M. MAUGERI, *op. cit.*, 95; ma cfr. anche S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro It.*, 2019, I, 975 ss.), con l'esito possibile di «un regime restitutorio anch'esso unilateralmente orientato» (ancora S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, II, 563).

Tanto rilevato, resta solo da domandarsi se nel caso qui in esame una soluzione egualmente efficiente si possa forse guadagnare – prima che sul piano di una *condictio* conformata sui connotati normativi del vizio invalidante – già sul piano dello statuto della nullità (per usare il lessico sopra riferito, dello strumento di tutela «primaria»), nel cui ambito ricade il fenomeno della conversione del contratto, come vicenda di recupero di effetti propriamente negoziali del contratto nullo.

Una simile prospettiva – che non consta essere coltivata nel contesto dottrinale corrente, essendo anzi da taluno radicalmente negata: nei termini di una incompatibilità assoluta tra istituto della conversione e nullità totale di protezione, v. infatti G. GIAIMO, sub *art. 1424 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012, 30 – attrarrebbe anche l'istituto della conversione, per usare le parole di Vincenzo Scalisi, alla «strategia *conformativa* del regolamento contrattuale» tipica delle nullità protettive, conseguente all'intrinseca preordinazione delle medesime «al rimodellamento del regolamento contrattuale secondo canoni valutativi idonei a garantire la più efficace ad appropriata realizzazione dell'assetto di interessi volta a volta perseguito e quindi, in ultima istanza, nella loro preordinazione alla costruzione di corrispondenti regolamenti che in ragione del mezzo tecnico utilizzato e della finalità protettiva possono denominarsi *regolamenti di protezione*» (V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 469 s.). Con l'effetto di una concezione del rimedio *globalmente* innervata dal canone dell'«operatività a vantaggio» (dalle condizioni di attivazione, alle modalità operative, alle dinamiche della conversione, fino anche all'azione di indebito); e piena aderenza della struttura alla funzione.

Non è certo questa la sede adatta anche solo a impostare un ragionamento di base intorno a cosa implichi, sul piano della lettura applicativa delle condizioni normative di conversione del contratto previste dall'art. 1424 c.c., l'ipotizzata torsione dell'istituto alla logica protettivo-conformativa immanente alla nullità di protezione. Al riguardo, si può qui solo rilevare che, se il riscontro di una «identità di scopo» o, per meglio dire, di una tendenziale rispondenza del contratto risultante dalla conversione al programma negoziale originario [cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1998, II, 1566] viene a operare come limite esterno inteso a scongiurare soluzioni «sorprendenti» dell'impresa predisponente, la concreta identificazione del regolamento contrattuale sostitutivo richiede di essere ispirata, caso per caso, all'obiettivo di individuare una risposta che possa dirsi coerente all'interesse sotteso alla norma invalidante (nel caso di specie, la piena formazione del consenso del contraente protetto sul contenuto del contratto e la sua messa a disposizione dello stesso contraente su un supporto durevole), in relazione alle modalità con cui la sua lesione si è realizzata nella concreta fattispecie

normativo, una questione emersa in un certo numero di casi concreti, tutti verificatisi secondo uno schema ricorrente, qui appresso sunteggiato.

Al risparmiatore, presentatosi allo sportello a richiedere il rimborso del buono, viene opposta l'intervenuta prescrizione dello stesso, in quanto scaduto da oltre dieci anni.

Senonché, dal momento che, come si è già detto, i buoni non recano indicazione delle condizioni del prestito (che sono invece contenute nel foglio informativo), l'investitore ha gioco facile nell'affermare di non avere mai ricevuto il foglio informativo contenente le condizioni dell'investimento relative alla serie di appartenenza del buono, definite nel decreto ministeriale di istituzione della serie. E così imputare all'inadempimento delle Poste la propria

in esame (decorso della prescrizione in ragione dell'ignoranza circa il termine del buono); a tale linea informante dovrebbero allora adeguarsi i restanti parametri, che la norma codicistica propone, della ignoranza della causa di nullità e della volontà ipotetica dei contraenti.

Sulla base del ragionamento qui abbozzato, si potrebbe allora forse suggerire – come mera ipotesi di lavoro – la conversione del contratto nullo in un deposito bancario (a vista ai sensi dell'art. 1834 c.c.) ovvero anche, volendo tenere fede alla natura formalmente non bancaria della Cassa Depositi e Prestiti, in un contratto di deposito irregolare (in cui verrebbe in rilievo la norma dell'art. 1782 c.c., che opera un rinvio alla disciplina del mutuo, e in particolare, per quanto qui rileva, all'art. 1817, co. 1, c.c., alla stregua del quale «se non è fissato un termine per la restituzione, questo è stabilito dal giudice, avuto riguardo alle circostanze»). Mentre non deve sorprendere l'idea di un contratto amorfo che si converte in un contratto del medesimo tipo, una volta che si ponga mente alle differenze tra la forma *ad substantiam* codicistica, legata ad un particolare atteggiarsi dell'oggetto o della causa del contratto, e il nuovo formalismo, che muove da esigenze di tutela in sé diverse e irrelate ai profili dell'oggetto e della causa (cfr. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 27 ss.), se non nella peculiare ottica della protezione del cliente di un dato *mercato*, come definito dall'oggetto delle prestazioni che, oggettivamente e per così dire «merceologicamente», sono rese alla clientela dalle imprese attive sul mercato stesso, attraverso i relativi contratti d'impresa.

Infine, in merito al tasso degli interessi da applicarsi al contratto convertito, la via più diretta indica la soluzione nel tasso legale *ex art.* 1284 c.c. Resta però da domandarsi se, forse, non esprima un maggior coefficiente di ragionevolezza – alla luce del fatto che la nullità è ingenerata da una violazione di natura formale-informativa – l'ipotesi di ricorrere al regime sostitutivo dell'art. 117, co. 7, t.u.b., se non anche, ove più favorevole, al tasso originariamente (quanto invalidamente) pattuito.

(asseritamente) incolpevole²⁷ ignoranza in ordine alla decorrenza del termine di scadenza e, conseguentemente, la tardiva richiesta di rimborso.

Da parte sua, l'ente Poste non è in grado di provare la consegna del documento informativo: in particolare, non risulta in essere una prassi che preveda, in sede di collocamento, di raccogliere dall'investitore l'attestazione della ricezione del documento.

Posta una simile fattispecie-tipo, il Collegio di Milano, muovendo dall'assunto per cui «finché si permanga in una prospettiva di *ius strictum*» non vi è altra soluzione se non quella di arrendersi all'estinzione dell'obbligazione, ha dunque paventato l'ammissibilità di una «paralisi» dell'eccezione di prescrizione, sulla base dell'«applicabilità ai casi come quello di specie dell'istituto di diritto sostanziale denominato *exceptio doli generalis*, idoneo a neutralizzare gli effetti dell'esercizio di una pretesa o di un potere formalmente fondati allorché, il darvi corso si rivelasse, alla luce delle circostanze concrete, contrario a buona fede (oggettiva)».

In particolare, secondo la prospettazione del Collegio territoriale «la violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo legale di consegnare il Foglio Informativo consentirebbe al medesimo di trarre vantaggio da un proprio pregresso inadempimento approfittando del deficit di conoscenza (la durata dei titoli) cagionato all'investitore, cui è stata tolta la possibilità di usufruire di una compiuta e immediatamente accessibile rappresentazione dei termini della operazione».

3.2. La posizione del Collegio di Coordinamento (decisione n. 17814 del 18 luglio 2019) si mostra secca nella propria chiusura alla riferita prospettiva di tutela. Se l'*exceptio doli* – nella presentazione che l'Arbitro fa dell'istituto – «indica il *dolo attuale*, commesso al momento in cui viene intentata l'azione nel processo» (corsivo aggiunto), costituendo un rimedio «diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul

²⁷ Tanto più che il buono prescritto era (almeno nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio) di durata sensibilmente inferiore a quella propria dei buoni ordinari (che dal 2000 è ventennale).

medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto e aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento "*prima facie*" abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di "*venire contra factum proprium*"», non vi è spazio, nel caso di specie, per la relativa esperibilità.

In particolare, osta a una simile conclusione, secondo quanto ivi si afferma, la circostanza per cui non risulta «che nel momento in cui l'intermediario ha negato il diritto del ricorrente ad ottenere il rimborso dei buoni facendo valere la prescrizione abbia agito dolosamente». E anzi, procede la decisione, «è agevole supporre che non si sia neppure posto il problema della omessa consegna del Foglio Informativo all'epoca della sottoscrizione», tanto più che «non viene in rilievo alcun elemento utile a ritenere che la omessa consegna del Foglio Informativo al sottoscrittore possa essere ascritta a dolo piuttosto che a mera negligenza dei dipendenti dell'intermediario, né che sia stato tenuto dai medesimi un qualsiasi comportamento fraudolento».

Superato questo snodo, il ragionamento si chiude spostando il proprio *focus* sulla considerazione della condotta dell'investitore, da cui il Collegio trae una conferma – se si vuole, di ordine esterno – del fatto che il titolare del buono non merita di sfuggire alla tagliola della prescrizione. In questa prospettiva viene in rilievo un duplice livello di notazioni: da un lato, si osserva che «occorrerebbero elementi fattuali utili a dimostrare che effettivamente la protratta inattività del medesimo è dipesa dalla mancata consegna del Foglio Informativo»; dall'altro, si rileva che «non può andare esente da critiche il comportamento della stessa parte ricorrente»: e infatti, «per quante censure possano essere mosse all'intermediario, è indubbio che, nel momento dell'acquisto dei buoni, il buon investitore avrebbe dovuto necessariamente informarsi di un elemento fondamentale quale la durata dell'investimento. Le stesse sue argomentazioni dimostrano, invece, che egli non si è informato né all'epoca, né successivamente».

In definitiva, la violazione dell'obbligo di consegna del foglio informativo non impedisce all'intermediario di avvalersi della prescrizione verificatasi.

Chiusa una via, l'ABF sembra però subito aprirne un'altra, là dove afferma che «resta salva la possibilità, in presenza di idonea domanda

e ricorrendone le necessarie condizioni, di stigmatizzare l'omissione dell'intermediario sotto il profilo della responsabilità precontrattuale e/o dell'inadempimento, valorizzando la mancanza di trasparenza e l'inottemperanza al dovere di informazione».

Ma l'apertura si dimostra subito assai angusta: ch  la violazione dell'intermediario richiede comunque di essere posta «a confronto con l'indubbia negligenza dell'investitore» (il cui comportamento, come gi  rilevato il Collegio in un precedente passaggio, «non va esente da critiche»), in applicazione – tale sembra il richiamo implicito – dell'art. 1227 c.c. (tanto in relazione al co. 1 che al co. 2: cfr. anche il passaggio svolto *infra*, n. 5); e pure verificata attentamente sotto il profilo del nesso di causalit  tra omissione della consegna del foglio informativo e decorso della prescrizione (cfr. il passaggio gi  trascritto, dove si afferma che «occorrerebbero elementi fattuali utili a dimostrare che effettivamente la protratta inattivit  del medesimo   dipesa dalla mancata consegna del Foglio Informativo»).

4. *Capacit  di effettiva compliance agli obblighi di trasparenza ed efficienza dell'impresa*

La decisione i cui contenuti sono stati ora riferiti esprime pi  e distinti profili di interesse: non solo quello – centrale nell'economia del provvedimento – della configurazione dell'*exceptio doli* che emerge dal procedere argomentativo del Collegio (*infra*, n. 6); ma pure quello della rilevanza strutturale della consegna del foglio informativo, rispetto al quale la decisione si volge in via diretta (quanto non affatto problematizzata) verso l'idea di un obbligo di fonte legale estraneo alla fattispecie, e in questo senso successivo alla sua – valida ovvero invalida – formazione.

Prima di affrontare tali questioni, pare tuttavia opportuno segnalare come l'intero ragionamento del Collegio assuma come certo, o comunque incontroverso e non discusso, l'inadempimento dell'obbligo di consegna del foglio informativo.

In relazione alla concreta genesi della vicenda da cui origina la rimessione, non   chiaro se ci  costituisca applicazione della regola di non contestazione o del ritenuto riparto degli *onera probandi*. Peraltro, al di l  della dinamica di svolgimento del caso specifico,   evidente che il tema probatorio – per quanto si mostri in s  neutro

rispetto alla struttura rimediale ritenuta applicabile – non può essere ignorato, nel contesto di una riflessione intorno allo strumento di tutela adeguato a presidio dell'inadempimento, da parte delle Poste, dell'obbligo di consegna del foglio informativo.

In questa prospettiva, va allora segnalata l'impressione che la definizione della regola di prova in ordine all'adempimento dell'obbligo di consegna del foglio informativo si trovi per sua natura a oscillare tra due soluzioni, comunque eccessive in un senso ovvero nell'altro, e come tali in egual misura insoddisfacenti: tra una violazione informativa impossibile da provare, e una violazione stabilmente presunta.

Tuttavia, arrestarsi a questo livello di comprensione del problema significherebbe ignorare il contesto normativo di riferimento dell'obbligo, che è, all'evidenza, quello della *regola di (condotta dell') impresa*. Alla luce di ciò, non si possono nutrire dubbi circa il fatto della piena correttezza e ragionevolezza della soluzione che assuma la sufficienza dell'allegazione del cliente, onerando l'intermediario della prova della consegna.

L'esito ora indicato è richiesto non tanto dall'applicazione delle regole in materia di prova dei fatti giuridici (che, comunque, dovrebbero ragionevolmente condurre al medesimo risultato), quanto piuttosto dal rilievo che la regola di condotta dell'impresa porta con sé un dovere organizzativo strumentale *ad assicurare e poter verificare*, sul piano dell'intera attività d'impresa svolta (di tutti e ciascuno i rapporti d'impresa), l'effettività dell'adempimento. Dovere, questo, che – prima ancora di essere rivolto all'esterno dell'impresa – interessa l'impresa nel suo interno, quale istituzione improntata alla regola dell'oggettivazione dell'attività condotta.

In effetti, se si guarda al problema dall'angolo visuale della funzione di *compliance* delle Poste, questa dovrebbe essere messa in allarme dal mero fatto che un numero non insignificante di investitori abbia lasciato prescrivere il diritto alla restituzione del proprio investimento: ciò che, prima di ogni altra considerazione, costituisce in sé l'indice di un rischio, legale o anche solo reputazionale, potenzialmente incidente in termini avversi sull'impresa.

Di fronte a una simile dinamica, ci si dovrebbe in particolare domandare se l'intermediario in questione disponga di strumenti adeguati – in linea con il principio della sana e prudente gestione *ex*

art. 5 t.u.b. – di verifica della conformità alla normativa, sotto l’aspetto in questione, del concreto *agere* dell’impresa.

La risposta negativa sarebbe certamente non tranquillante, perché segnalerebbe – dall’angolo visuale dell’esistenza di un adeguato grado di *professionalità* dell’impresa – che l’intermediario non è in grado di verificare il grado di efficienza della propria organizzazione in punto di capacità di adempimento all’obbligo di trasparenza in questione.

Tanto più l’ipotetica incapacità delle Poste di conseguire un elevato grado di *compliance* con la normativa dovrebbe preoccupare, se si considera che la stessa scelta, contenuta nei decreti MEF del 2000 e del 2004, di prevedere dei buoni postali cartacei «in bianco» (*i.e.* non contenenti le condizioni del prestito), da abbinare ai fogli informativi rilevanti al momento del collocamento, costituisce – ragionevolmente – il tentativo delle Poste di mettersi al riparo dagli effetti sfavorevoli di un evento che, all’evidenza, accadeva con frequenza non irrilevante (al punto da avere sollecitato un intervento *ad hoc* delle Sezioni Unite, avvenuto nel 2007²⁸): e cioè, la consegna di buoni con l’indicazione di condizioni economiche diverse da quelle proprie della serie di effettiva emissione²⁹. Come dire che l’ente fatica a rispettare una norma la quale non solo è già di favore rispetto ai *competitors* bancari, ma che è pure originata dalla volontà normativa di alleggerire ulteriormente la posizione delle poste rispetto al precedente regime, che già le Poste faticavano, e non poco, a rispettare.

5. Mancata consegna del foglio informativo e risarcimento del danno. *Notazioni applicative*

5.1. Sulla base di queste notazioni si può allora accostare il profilo, che è sfiorato in chiusura del provvedimento del Collegio di

²⁸ Cass., Sez. Un., 15 giugno 2007, n. 13979, in *Rep. Foro It.*, 2007, Posta [5080], n. 10.

²⁹ Tale dinamica consegue, secondo quanto sembra emergere dalla decisione delle Sezioni Unite menzionata alla nota che precede, al fatto che l’art. 10, co. 2 del d.m. 13 giugno 1984, istitutivo della serie AC, consentiva agli uffici di utilizzare i moduli prestampati della precedente serie AB, stabilendo al contempo che «su questi ultimi verranno apposti, a cura degli uffici postali, due timbri: uno, sulla parte anteriore, con la dicitura “Serie AC/AB”; l’altro sulla parte posteriore recante la misura dei nuovi tassi ed i nuovi termini di scadenza».

Coordinamento, della paventata rilevanza della consegna del foglio informativo in termini di un obbligo *in executivis* di fonte legale.

Per rilevare, prima di tutto, che un simile inquadramento sembra in effetti indicare la risposta più lineare ai fini della gestione rimediale della mancata consegna del foglio informativo: orientando la soluzione, all'evidenza, verso il risarcimento del danno da inadempimento.

Si è già rilevato (*supra*, n. 2) che il ragionamento del Collegio si muove tutto all'interno dell'assunto dell'inesistenza di alcun rapporto tra la disciplina speciale in materia di risparmio e i rimedi predisposti la normativa di trasparenza (in particolare gli artt. 117 e 127 t.u.b.); che, ove applicabili come in precedenza ipotizzato, verrebbero a prevalere. Adesso, invece, interessa segnalare che, imboccata questa via, dal punto di vista applicativo vengono in precipuo rilievo tre questioni.

5.2. In primo luogo, si pone un tema di individuazione del momento della decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento. La questione consegue, in particolare, all'esistenza di una significativa scissione temporale tra il momento dell'inadempimento (mancata consegna del foglio informativo al momento del collocamento), il momento del danno conseguente all'inadempimento (decorrenza della prescrizione), il momento della percezione del danno (presentazione del buono allo sportello).

A tal riguardo, non dovrebbero esserci dubbi nell'escludere che il termine di decorrenza della prescrizione possa essere correttamente fissato nel momento dell'inadempimento dell'obbligo di consegna. L'indicazione che sul punto si ritrae dal formante giurisprudenziale appare infatti inequivoca: muovendo dalla distinzione concettuale tra danno-evento e danno-conseguenza, l'effetto di attivare il decorso della prescrizione viene riferita all'attualità di quest'ultimo, in virtù della «correlazione tra insorgenza del diritto al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e decorrenza della prescrizione, che, in base all'art. 2935 c.c., è ancorata al momento in cui il diritto anzidetto può farsi valere e, dunque, non prima che lo stesso venga ad esistenza con l'insorgenza del danno risarcibile»³⁰.

Escluso, dunque, che si possa riferire la decorrenza della

³⁰ Cass., 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Foro It.*, 2016, I, 1678.

prescrizione al primo dei tre momenti, resta invece più delicata la scelta tra i due residui (*i.e.* maturazione della prescrizione ovvero scoperta dell'intervenuta prescrizione). Il problema è fondato, segnatamente, dalla regola giurisprudenziale, correntemente accostata a quella appena ritrascritta, per cui ai fini della decorrenza della prescrizione è richiesto non solo il verificarsi del danno-conseguenza (*ex art.* 1223 c.c.), ma pure che lo stesso sia «oggettivamente percepibile e riconoscibile da chi intenda chiederne il ristoro»³¹. Calare tale postulato nella fattispecie qui in discussione è tutt'altro che agevole, nella misura in cui si tratta di stabilire *fino a quando* la mancata consegna del foglio informativo renda non percepibile il danno.

5.3. In realtà, è evidente che tale interrogativo si intreccia – senza peraltro confondersi – con l'ulteriore e distinto aspetto della eventuale misura di «rimproverabilità» della condotta dell'investitore che, a fronte della mancata consegna del foglio informativo, non si sia attivato in proprio per rendersi edotto della data di scadenza del buono. Rimproverabilità che potrebbe in astratto rilevare non solo e non tanto in relazione all'identificazione del termine di decorso della prescrizione dell'azione di risarcimento del danno (*in thesi*, la prescrizione del diritto alla restituzione dell'investimento) *sub specie* di impedimento *in fatto* ipoteticamente rilevante in relazione al decorso³², ma già nel senso di ridurre il danno risarcibile, o financo

³¹ Ancora Cass., 18 febbraio 2016, n. 3176, *cit.*; nei medesimi termini anche Cass., 17 aprile 2015, n. 6921, in *Rep. Foro It.*, 2015, Impugnazioni civili [3460], n. 23: «non è conforme a diritto far decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno dal fatto illecito lesivo anziché dal manifestarsi all'esterno della produzione del danno. In tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, sia per responsabilità contrattuale che per responsabilità extracontrattuale, questa Corte ha ripetutamente affermato che il termine di prescrizione *ex articolo* 2935 c.c., inizia a decorrere non già dal momento in cui il fatto del terzo viene a ledere l'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile (cfr. Cass., n. 12666 del 2003; Cass., n. 9927 del 2000; Cass., n. 8845 del 1995; Cass., n. 3206 del 1989, Cass.; n. 4532 del 1987)».

³² Che a questo punto sarebbe più sensato riferire all'obbligazione *ex contractu*: e tuttavia, così in un caso come nell'altro, il principale ostacolo a configurare, nell'ipotesi-tipo qui in esame, un evento impeditivo rilevante sta nel fatto che non sussiste un'*impossibilità obiettiva* – per quanto meramente fattuale – di ottenere l'informazione in ordine alla scadenza del buono. Resta comunque impregiudicato

escluderne l'esistenza.

Si è infatti già visto (*supra*, n. 4) che, sul punto, il Collegio di Coordinamento non ha esitato a tacciare di «indubbia negligenza» la condotta dell'investitore (il quale, appunto, «non va esente da colpe»), invocando la necessità, ai fini della determinazione della misura del danno risarcibile, di un confronto comparativo tra l'inadempimento delle Poste e quello del titolare del buono.

Ora, è chiaro che una simile valutazione per sua natura non si presta a generalizzazioni, richiedendo di essere misurata sulle effettive caratteristiche di ciascuna fattispecie concreta; sicché un discorso impostato in termini generali, quale è il presente, non può opportunamente spingersi troppo avanti.

Va tuttavia in questa sede rilevato che si cadrebbe in un errore prospettico se, nel costruire un simile confronto comparativo, si accedesse all'idea – che, in effetti, sembra essere suggerita dal Collegio – di attribuire all'inerzia dell'investitore una rilevanza assorbente, o anche solo preponderante, in punto di determinazione del danno risarcibile: tanto in termini della interruzione del nesso causale ai sensi dell'art. 1227, co. 1, c.c., quanto in termini di riduzione del risarcimento per i danni evitabili con l'ordinaria diligenza *ex art. 1227 co. 2, c.c.*

Anche volendo prescindere dal fatto che la natura colposa dell'inerzia del titolare del buono andrebbe qui comunque valutata anche alla luce della verifica dell'esistenza o meno di un affidamento ragionevole circa una durata dell'inerzia *superiore a quella dell'investimento sommato al decennio prescrizione successivo*³³, la prospettiva del Collegio viene, nei fatti, a configurare un onere informativo del cliente, di stampo generale (non legato, cioè, a vicende specifiche, ma conseguente al mero fatto della mancata

ogni rilievo sull'esistenza o meno di un onere di attivazione in tal senso da parte dell'investitore, e quindi di ogni discorso circa la rimproverabilità o meno della relativa inerzia, su cui cfr. anche la nota che segue.

³³ In quest'ottica, va osservato che le serie ordinarie dei buoni fruttiferi postali hanno avuto durata trentennale fino all'anno 2000, a partire dal quale vengono emessi con durata ventennale, altre serie portano durate tra i quattro e i sedici anni; infine, per un periodo, la Cassa ha emesso anche buoni di durata inferiore, tra i quali si annovera quello, della durata di 18 mesi, al centro della fattispecie concreta da cui è originata la decisione del Collegio di Coordinamento.

disponibilità del foglio informativo) il quale viene concepito come *normativamente equiparato* all'obbligo informativo dell'intermediario. Ma un simile procedere non può essere accolto: così ragionando, infatti, si dà credito a un assunto che si mostra in sé contrario alla stessa idea di un adempimento informativo in funzione di trasparenza, e specificamente alla logica che vuole gli obblighi di questo genere istituzionalmente orientati verso il polo dell'effettiva messa a disposizione – come strumentale all'effettiva conoscenza – delle informazioni inerenti al rapporto, tanto più quando esse hanno dimensione costitutiva della decisione di investimento. Se ciò è corretto, diventa improprio depotenziare tale obbligo enucleando un indiscriminato onere di attivazione dell'investitore, facendo leva su un principio di autoreponsabilità che, all'interno dell'ecosistema normativo che governa il rapporto tra intermediario e investitore, non può essere applicato in maniera così meccanica e anodina.

In ogni caso, è pure evidente che il ragionamento di un gioco «a somma zero» tra inadempimento delle Poste, da un lato, e inerzia dei titolari dei buoni, dall'altro, porta con sé l'effetto di depotenziare fortemente l'idoneità del rimedio a incidere effettivamente sulla prassi dell'impresa inadempiente (o comunque che non sia il grado di fornire prova dell'effettiva *compliance* alla regola in questione). Come tale, una situazione siffatta richiede, allora, la seria attivazione degli altri strumenti di *enforcement* (nel caso, quelli pubblicistici) che la normativa di trasparenza predispone.

5.4. Il terzo e ultimo aspetto applicativo da considerare riguarda l'esistenza di un reale nesso di causalità tra inadempimento e danno, da accertare prima e, per così dire, «a monte» dell'eventuale rilevanza colposa *ex art. 1227 c.c.* della condotta del titolare del buono.

Sul punto, il Collegio richiede «elementi fattuali utili a dimostrare che effettivamente la protratta inattività del medesimo è dipesa dalla mancata consegna del Foglio Informativo». Anche qui però, ferme tutte le cautele del caso, non si può obliterare la dimensione seriale del problema.

In particolare, ci si dovrebbe domandare come mai il fatto dell'intervenuta decorrenza del termine prescrizione dei buoni postali si ponga con riferimento ad un robusto numero di investitori, comunque deviante – in termini quantitativi – rispetto alla generalità dei prodotti di investimento, in cui non consta che il problema assuma

dimensioni comparabili. Proprio come, di fronte a un incrocio stradale in cui si verificano troppi incidenti, sarebbe miope domandarsi se, magari, i guidatori non sarebbero rimasti comunque coinvolti in un sinistro per altre ragioni: il dato che conta è, in effetti, l'evidente necessità di correggere le caratteristiche dell'incrocio stradale pericoloso. Ed è davvero scontato segnalare che la «pericolosità», nel caso di specie, riposa sulla scelta – propria del Ministero dell'Economia – di escludere che le comunicazioni nei confronti dei titolari dei buoni debbano avere natura personalizzata³⁴.

6. *La concezione «demodée» dell'exceptio doli nell'argomentare del Collegio di Coordinamento. L'art. 47 Cost. come referente normativo rilevante ai fini della definizione delle condizioni di spettanza dell'exceptio doli*

6.1. Tanto rilevato in ordine agli evocati profili risarcitori connessi con la mancata consegna del foglio, conviene ora convergere sul cuore del provvedimento del Collegio di Coordinamento, e cioè sulla negazione della spettanza di una *replicatio doli* in capo al sottoscrittore del buono.

Di essa rileva, prima ancora dell'esito applicativo raggiunto, la stessa impostazione del ragionamento ivi condotto, che si presta ad alcune considerazioni relative al profilo della configurazione normativa del rimedio dell'*exceptio doli generalis* che in essa si propone.

Da questo punto di vista, non si può non notare come, già nel presentare la figura, la pronuncia venga a segnare una tensione interna

³⁴ In questo senso, è decisivo l'art. 6, co. 4, decreto MEF 6 ottobre 2004 (già riferito *supra*, n. 1), il quale, *da un lato*, non prevede obblighi informativi in corso di rapporto in capo al collocatore; *dall'altro*, stabilisce che «le comunicazioni della CDP S.p.a. ai titolari dei buoni postali fruttiferi vengono effettuate mediante l'inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel sito web della CDP s.p.a.»; altresì disponendo che «al fine di garantire l'effettiva conoscenza delle informazioni pubblicate, queste ultime possono essere rese note anche mediante l'esposizione di appositi avvisi nei locali aperti al pubblico di Poste italiane S.p.a., nonché mediante pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, con l'indicazione degli estremi della pubblicazione della Gazzetta Ufficiale della Repubblica ovvero con l'avvertenza che l'avviso è in corso di pubblicazione».

di ordine ricostruttivo. Ciò consegue alla giustapposizione di due premesse teoriche di segno divergente. E infatti, mentre nel presentare la questione sollevata dell'ordinanza di rimessione si accenna all'*exceptio doli* come strumento che incide sulla fase dinamica dell'esercizio di una posizione giuridica attiva in ragione della sua «contrari[età] a buona fede (oggettiva)», da valutarsi «alla luce delle circostanze concrete», quando si passa a trattare la questione, la stessa prospettiva di fondo appare cambiata: il presupposto dell'*exceptio* viene ora identificato – mutuando la definizione dalla letteratura giuridica romanistica³⁵ – nel «*dolo attuale*, commesso al momento in cui viene intentata l'azione».

Per superare il contrasto, sul piano applicativo diviene allora necessario, in via alternativa: o estendere impropriamente la nozione di dolo, identificandola – non già nella *condotta intenzionalmente orientata al danno della controparte*, bensì – nella mera contrarietà a buona fede oggettiva dell'agire del titolare del diritto/facoltà (contrarietà a buona fede da intendersi, al di là della positiva definizione dei suoi termini applicativi, come non necessitante di quel presupposto); oppure, espungere il richiamo applicativo alla buona fede dalla costruzione delle condizioni di spettanza dell'*exceptio doli*, per ricondurre l'analisi nei termini della verifica di una condotta di stampo intenzionale del soggetto a cui l'*exceptio* – qui, la *replicatio* – si propone.

6.2. Non vi è dubbio che la strada solcata dall'Arbitro bancario finanziario sia la seconda. Per rendersene persuasi, è sufficiente richiamare il successivo svolgimento della decisione, in cui si insiste sul momento dell'agire doloso. Il punto è, secondo il Collegio, che non va concessa la *replicatio doli* perché non vi è prova del fatto che l'intermediario «abbia agito dolosamente».

Più precisamente, l'assenza di dolo delle Poste viene esclusa *tanto al momento della proposizione dell'eccezione* (rilevando, da quest'angolo visuale, l'assunzione del Collegio per cui le Poste non si sarebbero proprio figurate «il problema della omessa consegna del

³⁵ L'espressione impiegata dal Collegio di Coordinamento riprende testualmente la definizione dell'*exceptio doli praesentis* fornita da G.I. LUZZATTO, voce «*Dolo (dir. rom. civ.)*», in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 716, che a propria volta fa riferimento a fonti romane (in particolare, Gai 4, 119, nonché Ulp. D. 44, 4, 2, 5 Paul. D. eod. 8).

Foglio Informativo all'epoca della sottoscrizione»), *quanto al momento dell'inadempimento* (rispetto al quale, conta il fatto che «non viene in rilievo alcun elemento utile a ritenere che la omessa consegna del Foglio Informativo al sottoscrittore possa essere ascritta a dolo piuttosto che a mera negligenza dei dipendenti dell'intermediario, né che sia stato tenuto dai medesimi un qualsiasi comportamento fraudolento»).

Così ripercorso il ragionamento del Collegio di Coordinamento, è da interrogarsi se questa visione dell'*exceptio doli generalis*, che ne limita il perimetro applicativo (se forse non all'atto emulativo in senso proprio, almeno) all'agire malizioso, possa dirsi coerente con lo stato attuale di elaborazione della figura, per come si ritrae dal formante dottrinale e dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Un simile quesito merita senz'altro una risposta negativa. In effetti, l'idea di una figura schiacciata sul paradigma dell'abuso in senso stretto, se propone per intero la nozione di *exceptio doli presentis* propria del diritto romano³⁶, viene a obliterare quel percorso compiuto dalla civilistica italiana, in un arco di tempo almeno trentennale, il quale associa il riconoscimento della generalità applicativa dell'istituto all'individuazione del suo fondamento positivo nella regola della buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.) quale parametro di valutazione delle condotte nei rapporti intersoggettivi³⁷, come pure nella regola della correttezza (art. 1175 c.c.). Così superando la prospettiva dell'*exceptio doli* come mera variante rimediale (non già meramente obbligatoria, bensì «reale») di una condotta già in sé civilisticamente illecita *ex art. 2043 c.c.*

6.3. Accolta una simile prospettiva ricostruttiva, seguono due ulteriori, connesse notazioni critiche.

La prima è quella intesa a osservare che, guadagnato il risultato della generalità applicativa dell'istituto in ragione del suo rinvenuto fondamento nella regola della buona fede oggettiva, diviene in sé metodologicamente scorretto – a prescindere dalla soluzione che si ritenga di dare alla questione affrontata dal Collegio – pretendere di decidere le ipotesi dubbie affidandosi a una procedimento di mera

³⁶ Cfr. la nota che precede.

³⁷ Cfr. l'articolata analisi e ricostruzione di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec., 343 ss.

sussunzione della fattispecie considerata in un elenco di figure «validate» di *exceptio doli*, che si assume come esaustivo: così, nelle parole della decisione dell'Abf, che il soggetto contro cui si fa valere l'*exceptio* abbia «sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto e aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento “*prima facie*” abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di “*venire contra factum proprium*”».

In realtà, se si tiene realmente fede al dato ricostruttivo della buona fede oggettiva come ancoraggio sistematico dell'*exceptio doli generalis*, è inevitabile concludere che il rilievo di tutte le precedenti figure, a cui si può aggiungere anche quella – tanto comunemente richiamata quanto concettualmente difficoltosa – dell'esercizio del diritto non coerente col proprio «fine legale»³⁸, si ferma al piano meramente descrittivo ed esemplificativo, senza poter salire a presupposti dell'istituto di ordine strutturale (tanto più se si considera l'intrinseca elasticità semantica delle locuzioni utilizzare per designare queste figure). In effetti, l'idea del catalogo fermo a un dato novero di elementi presuppone – al di là dell'«elasticità» o meno degli elementi stessi – un modulo concettuale propriamente alternativo alla clausola generale; e tradisce, così, un approccio all'*exceptio doli* che muove per estensione da figure legali tipiche: così, l'art. 833 c.c., l'art. 1993, co. 2, c.c., l'art. 2384, co. 2, c.c., in merito alle quali è pure interessante rilevare che si tratta di ipotesi normative in cui l'*exceptio* è integrata dall'agire malizioso, quale nozione più restrittiva della mera contrarietà a buona fede dell'esercizio del diritto, della potestà o della facoltà.

³⁸ *I.e.* con l'interesse per la soddisfazione del quale è data la posizione giuridica: cfr. ad es. Cass., 12 dicembre 2017, n. 29792, in *Foro It.*, 2018, I, 1312, così massimata: «il diritto di richiedere il differimento dell'assemblea di una società per azioni, esercitato ai sensi dell'art. 2374 c.c., ha natura potestativa, assolvendo alla funzione di assicurare ai soci una maggiore informazione sui temi all'ordine del giorno che prescinde dal riscontro di una situazione obiettiva di deficit conoscitivo in capo ai richiedenti tanto da poter determinare, nell'ipotesi di mancato rinvio, l'annullabilità della delibera adottata; tale qualificazione giuridica del diritto, tuttavia, non comporta l'assoluta insindacabilità della dichiarazione d'insufficienza informativa, fondante la richiesta, essendo configurabile, come limite esterno al suo esercizio, l'abuso del diritto predicato nell'art. 2374 c.c. nell'ipotesi in cui la richiesta sia stata dettata da un fine, in concreto, del tutto incoerente rispetto a quello per il quale la relativa facoltà è attribuita dalla norma codicistica».

6.4. Quanto precede conduce al secondo rilievo qui da svolgere, il quale s'incentra sulla mancata inclusione – nell'*iter* logico di valutazione, da parte del Collegio, della spettanza o meno dell'*exceptio doli* – di ogni riferimento alla *misura di specifica rilevanza costituzionale* (oltre, cioè, il principio solidaristico *ex art. 2 Cost. genericamente* sotteso alla clausola di buona fede) dell'interesse che si vorrebbe tutelato con la concessione dell'eccezione.

Ovviamente, questo aspetto rimanda non tanto al tema del rapporto tra *exceptio doli generalis* e buona fede (che si assume come risolto nei termini di cui sopra), volgendosi piuttosto alla stessa comprensione giuridica della regola della buona fede oggettiva: in termini di mera clausola di «normalizzazione» del sistema, ovvero – al contrario – quale mezzo tecnico per consentire il transito dei valori costituzionali all'interno dei rapporti tra privati (e pure, nel contesto della *exceptio doli generalis*, la positivizzazione della *naturalis aequitas* che si contrappone, nel concreto, al *ius strictum*)³⁹.

Dove è chiaro che, aderendo al secondo polo di questa alternativa (che è, in fondo, quello quanto meno affermato al livello delle massime della giurisprudenza di legittimità), è proprio il momento della legalità costituzionale – e non già il riscontro di un «dolo attuale», e tanto meno la riconduzione della fattispecie concreta a elenchi preformati di ipotesi (più o meno vaghe nella relativa definizione) legittimanti l'*exceptio* – ad assumere il ruolo di guida del ragionamento intorno alla spettanza, in ciascun caso concreto, dell'*exceptio*.

E però, se tale fosse il vaglio concretamente condotto, per sciogliere convenientemente il problema sottoposto al Collegio di Coordinamento, si dovrebbe allora tenere in considerazione, *sul piano dei dati normativi rilevanti* (e ferma restando, *sul piano del fatto*, la necessità di verificare l'esistenza un ragionevole rapporto di causalità tra violazione informativa e decorso della prescrizione, sulla base di

³⁹ Questione ulteriore è quella della rilevanza normativa dei dati normativi costituzionali come parametro esterno ovvero interno al dato positivo concretamente applicato, che distingue la teoria della *mittelbare Drittwirkung*, quella della *unmittelbare Drittwirkung* (su cui cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 36 s.), da quella intermedia (del duplice referente normativo) suggerita da A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 169.

tutte le circostanze rilevanti proprie di ciascuna fattispecie considerata⁴⁰), la circostanza che viene qui in rilievo un parametro costituzionale *specifico* sotteso all'obbligo inadempito, e cioè la tutela del risparmio (art. 47 Cost.), alla quale è direttamente strumentale la norma che mira a dotare gli investitori della *disponibilità effettiva e costante* delle condizioni del rapporto – rendimento atteso, durata del contratto, disciplina del disinvestimento anticipato, etc. –, con superamento del requisito della mera «conoscibilità» ex art. 1341, co. 1, c.c., e correlativa negazione di un onere di attivazione della parte non predisponente in tal senso⁴¹.

Parametro, quello dell'art. 47 Cost., a cui si contrappone un *ius strictum* (qui, la disciplina della prescrizione, «*impium praesidium*») che presenta l'interesse ivi sotteso come, *da un lato*, disponibile (almeno nel momento in cui l'eccezione è sollevata: art. 2937 c.c.); *dall'altro*, dotato di un'intensità tale per cui al *solvens* del debito prescritto non spetta la *condictio* (art. 2940 c.c.).

Il tutto, in aggiunta al fatto che l'emittente Cassa Depositi e Prestiti – e quindi lo Stato italiano: cfr. infatti l'assimilazione dei buoni ai titoli del debito pubblico (art. 21 del t.u. del debito pubblico) – continua a beneficiare dell'effetto di provvista fino al versamento, dovuto *ex lege*, della somma al fondo dei c.d. «depositi dormienti»; in seguito, la medesima somma va a beneficio del Ministero dell'Economia, quale gestore del fondo.

⁴⁰ Anche nella prospettiva dell'esistenza di un effettivo affidamento dell'investitore, conseguente alla mancata trasmissione delle informazioni di cui al foglio, in ordine a un più esteso termine del buono (come era stato paventato nel caso deciso dal Collegio di Coordinamento).

⁴¹ Ciò anche, ma non solo, a tutela di un consenso non più limitato alla causa e all'oggetto, come invece nell'impostazione emergente dall'art. 1341 c.c.: cfr. U. MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 126.